



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.609 - RJ (2016/0138429-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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 : SUELEN APARECIDA SILVA DUARTE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444 DO STJ. PENA-BASE REDUZIDA AO PATAMAR MÍNIMO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Com relação à valoração negativa da conduta social, verifico que, a anotação utilizada pelas instâncias ordinárias para justificar o aumento da pena-base da paciente, diz respeito à uma condenação pendente de trânsito em julgado à época da expedição da sentença condenatória, proferida nos autos da ação penal a que diz respeito o presente *habeas corpus*. Dessa forma, prevalece o entendimento sumulado no Enunciado n. 444 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Com relação à atenuante da confissão espontânea, apesar da possibilidade de se reconhecer a sua incidência, nos termos do Enunciado n. 545 da Súmula do STJ, sua aferição não implicaria em alteração do *quantum* de pena da paciente, em observância ao Enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal.

4. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: *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*.

Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, a quem foi imposta reprimenda definitiva não superior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena da paciente, que se torna definitiva no patamar de 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa, a ser iniciada no regime aberto.

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.609 - RJ (2016/0138429-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
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 : SUELEN APARECIDA SILVA DUARTE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de SUELEN APARECIDA SILVA DUARTE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0033961-69.2014.8.19.0087).

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada por ter praticado o delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo simples), à pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, em acórdão assim ementado:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES (ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). APELANTE QUE, NO INTERIOR DE UM COLETIVO, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM EMPREGO DE UM SIMULACRO DE ARMA DE FOGO, SUBTRAIU UM APARELHO CELULAR, MARCA NOKIA E A QUANTIA DE R\$ 284,00 PERTENCENTES A EDSON FRANCISCO GUEDES DE SOUZA, DESEMBARCANDO DO COLETIVO A SEGUIR; CONTUDO, O MOTORISTA CONSEGUIU ACIONAR POLICIAIS MILITARES, QUE REALIZARAM BUSCA E LOGRARAM ENCONTRÁ-LA, DENTRO DE OUTRO ÔNIBUS, AINDA NA POSSE DOS BENS SUBTRAÍDOS.

PRETENSÃO DEFENSIVA À REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL QUE SE NEGA. RECORRENTE PORTADORA DE PÉSSIMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, QUE SE ENVOLVE EM DELITOS PATRIMONIAIS, DEMONSTRANDO REPROVÁVEL CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES.

RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA INACOLHÍVEL. CONFISSÃO, VERDADEIRAMENTE, NÃO CONFIGURADA, PORQUE PARCIAL. A CONFISSÃO COMPLETA, CONSOANTE PREVISÃO LEGAL, DEVE CONTER TODOS OS REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A FIM DE SE PRESTIGIAR A SINCERIDADE DO INFRATOR, NÃO ESTANDO ABRANGIDA PELO ART. 65, III, “D”, DO CÓDIGO PENAL A CONFISSÃO PARCIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL. A RÉ FOI DETIDA APÓS A CONSUMAÇÃO DO DELITO, QUANDO JÁ HAVIA DESCIDO DO COLETIVO E INGRESSADO EM OUTRO, AINDA NA POSSE DA RES FURTIVAE. O CRIME DE ROUBO SE CONSUMA COM A MERA SUBTRAÇÃO DA RES MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, NÃO SENDO EXIGIDA A POSSE MANSA E PACÍFICA.

REGIME PRISIONAL ABERTO QUE NÃO SE CONCEDE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS À ACUSADA, SENDO O REGIME FECHADO O MAIS ADEQUADO AOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA, TENDO SIDO OBSERVADO PELO SENTENCIANTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL.

DESPROVIMENTO DO RECURSO (fls. 44/46).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal porque teve a pena-base aumentada por maus antecedentes, em razão de sentença condenatória sem trânsito em julgado, proferida após o cometimento do crime em tela, invocando, para tanto, o Enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz, ainda, que a confissão da paciente não foi considerada, na segunda fase da dosimetria, em afronta ao Enunciado n. 545 da Súmula do STJ.

Por fim, sustenta que o regime fechado foi fixado desproporcionalmente à pena aplicada. Aponta ofensa à Súmula 440 do STJ e 719 do STF.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal, com o afastamento da valoração negativa da conduta social da paciente, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e, por fim, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Indeferida a liminar às fls. 55/56 e prestadas as informações necessárias às fls. 66/95 e 98/103, o Ministério Público Federal, às fls. 107/115, opinou pela parcial concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja afastada a valoração negativa da conduta social e fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 357.609 - RJ (2016/0138429-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, a redução da pena-base ao mínimo legal, com o afastamento da valoração negativa da conduta social da paciente, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a fixação do regime aberto.

Quanto aos pontos, forçoso citar alguns trechos da sentença condenatória:

Ao ser interrogada, a acusada (fls. 92), declarou que: "a interroganda afirma que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que a depoente estava com uma mochila na mão e pediu o dinheiro ao motorista; que a depoente disse ao motorista para dar o dinheiro e o celular; que atravessou a rua e pegou o ônibus; que os policiais entraram no ônibus e prenderam a acusada; que já foi presa pelo artigo 157 do Código Penal...".

[...]

1ª FASE - A culpabilidade não excedeu a normal do tipo. A ré possui uma anotação em sua FAC, que será considerada como conduta social negativa (nº 01 - 157, §.2, II c/c 14, II CP, com sentença condenatória em 21/01/2015). Atento a tais elementos, bem como aos demais do artigo 59 do CP, aplico-lhe a pena-base de 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínima.

2ª FASE - Não há circunstâncias atenuantes e/ou agravantes a serem consideradas.

3ª FASE - Não há causas de diminuição e aumento de pena a serem apreciadas nesta fase. Assim, aplico-lhe a pena definitiva de 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e 10 (dez) dias multa, à razão unitária mínima.

REGIME DE PENA - Observado o que dispõe o artigo 33, §2º, alínea "c" e §3º, ambos do Código Penal, mormente as circunstâncias elencadas no artigo 59 do mesmo diploma legal, tudo já devidamente acima destacado, determino o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em REGIME FECHADO. Sendo incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por força do art. 44, do CP. Deixo de conceder ao condenado a suspensão condicional da pena, eis que ausente o requisito objetivo previsto no caput do artigo 77, do Código Penal (fls. 22/27).

Referida decisão foi posteriormente ratificada pelo Tribunal de origem, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes termos:

[...]

A sentença apelada deve ser mantida, pois em conformidade com a Lei e as provas dos autos.

Narra a denúncia que a ora apelante, no dia 26/12/2014, por volta das 21 horas, no interior de um coletivo da Viação Mauá, no bairro Mutuá, São Gonçalo (RJ), agindo com vontade livre e consciente, subtraiu, para si, mediante grave ameaça consubstanciada no emprego de um simulacro de arma de fogo, um aparelho celular, marca Nokia, e a quantia, em espécie, de R\$ 284,00 (duzentos e oitenta e quatro reais), pertencentes a Edson Francisco Guedes de Souza, desembarcando do coletivo a seguir; contudo, o motorista conseguiu acionar policiais militares, que realizaram busca e lograram encontrá-la no interior de outro ônibus, ainda na posse dos bens roubados.

Embora não questionados no recurso, a autoria e o crime restaram devidamente comprovados pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/v), registro de ocorrência (fls. 12/v), auto de apreensão (fl. 13), laudo de exame de descrição de material (fls. 77), além da prova oral colacionada.

Objetiva a defesa a fixação da pena-base no mínimo legal, pleito que não pode ser acolhido.

Com efeito, analisando-se a Folha de Antecedentes Criminais da ora apelante (fls. 38/42), verifica-se que a mesma possui outra anotação com sentença condenatória prolatada em 21/01/2015, também por crime patrimonial.

Ora, tais elementos, no momento da fixação das penas, devem ser levados em conta, para a análise da personalidade e conduta social, notadamente reprováveis da acusada, pois deixam evidente o seu desvio comportamental e a personalidade voltada à prática de crimes, preferindo manter-se às margens da lei.

O art. 59 do Código Penal preconiza que o juiz deverá fixar a pena conforme seja necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime. In casu, a pena-base, fixada acima no mínimo legal, considerou os preceitos estatuídos pela norma vigente. As anotações da acusada não podem ser desconsideradas ou simplesmente ignoradas, incentivando-a a persistir na criminalidade mais consciente e confiante na impunidade de seus atos, merecendo, pois, confirmação a sentença que impõe pena suficiente, afastando perigosos delinquentes do convívio social.

Assim considerando, diante do procedimento totalmente desajustado e danoso da acusada para o convívio em sociedade, a consequência inexorável foi o acréscimo da pena aplicada, o que se mantém.

Inaplicável, por outra, a atenuante da confissão, verdadeiramente não configurada, já que SUELEN, em seu interrogatório judicial, confessou a prática da subtração apenas parcialmente, pois negou o emprego de grave ameaça à vítima.

Com efeito, a confissão completa, consoante previsão legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve conter todos os requisitos para sua configuração, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator, não estando abrangida pelo citado art. 65, III, "d", do Código Penal a confissão parcial.

O pedido de reconhecimento da tentativa também é absolutamente infundado.

O delito de roubo consuma-se com a simples posse, ainda que breve, de coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Na hipótese de que se trata a ré fugiu com o aparelho celular da vítima e com a quantia de R\$ 284,00 referente à fêria do ônibus, tendo sido localizada, posteriormente, dentro de outro ônibus, oportunidade em que foi abordada pelos agentes da lei, não havendo que se falar em reconhecimento da tentativa, porquanto, quando empregou a grave ameaça e a violência, deixando o local, ocorreu a consumação do delito, pouco importando o tempo na posse dos bens subtraídos.

Quanto ao regime prisional imposto, nada há de ser modificado, eis que o regime inicial fechado é o mais adequado aos objetivos repressivo/preventivo da pena, tendo sido observado pelo sentenciante o princípio da individualização da pena.

No que concerne ao prequestionamento da matéria, deve ser consignado que não houve qualquer violação à norma constitucional ou infraconstitucional.

O parecer do Ilustre Procurador de Justiça, Dr. Wilson de Pontes Cardoso, sustenta o desprovimento do recurso, o que deve ser acolhido, ante os fundamentos acima expostos.

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso (fls. 48/52).

Inicialmente, com relação à valoração negativa da conduta social, verifico que, a anotação utilizada pelas instâncias ordinárias para justificar o aumento da pena-base da paciente, diz respeito à uma condenação pendente de trânsito em julgado à época da expedição da sentença condenatória, proferida nos autos da ação penal a que diz respeito o presente *habeas corpus*. Dessa forma, prevalece o entendimento sumulado no Enunciado n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê:

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

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. ATOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INFRACIONAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, tendo em vista ações penais em curso e a prática de atos infracionais, evidencia, in casu, violação ao art. 59 do Código Penal.

IV - Prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. Inteligência do enunciado sumular n.º 444/STJ: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

Assim, a pena-base deve ser reduzida para 4 (quatro) anos de reclusão.

V - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "c" e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(precedentes).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VIII - "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" (Enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - "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" (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar o regime aberto para o cumprimento da pena imposta (HC 342.663/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 07/03/2016).

Sendo assim, a decisão de piso merece ser reformada quanto a esse ponto, para afastar a valoração negativa da conduta social da paciente e fixar a pena-base no mínimo legal.

Com relação à atenuante da confissão espontânea, apesar da possibilidade de se reconhecer a sua incidência, nos termos do Enunciado n. 545 da Súmula do STJ, sua aferição não implicaria em alteração do *quantum* de pena da paciente, em observância ao Enunciado n. 231 da Súmula deste Tribunal.

No mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HC. ROUBO. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO PODEM SER UTILIZADOS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONDUTA PRATICADA NO PERÍODO NOTURNO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA-BASE REDUZIDA PARA O PISO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENA INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO EM LEI. SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO DESMOTIVADO. SÚMULA 440/STJ. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a prática de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. Precedentes.

3. O simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. *Precedente.*

4. **No que se refere ao pleito de reconhecimento da confissão espontânea, malgrado se possa, em tese, reconhecer a sua incidência, a valoração da atenuante não implicaria mudança do quantum da reprimenda, pois não se admite, na etapa intermediária do critério trifásico, a imposição de pena abaixo do mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal, nos moldes da Súmula 231/STJ. Precedentes.**

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".

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de fixar a pena em 4 (quatro) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal.

Passo ao **redimensionamento** das penas impostas. Na primeira fase, afasto a valoração negativa da conduta social da paciente, fixando a pena-base no mínimo legal. Ficam mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias na segunda e terceira fase, resultando a reprimenda final em 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

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".

No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Com o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade da ré, a quem foi imposta reprimenda definitiva não superior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. SEMI-IMPUTABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (precedentes).

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP (precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - "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" (enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

VII - "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" (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime prisional aberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.361/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 07/03/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440/STJ. HABEAS CORPUS 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. Os fundamentos genéricos utilizados na sentença 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.

3. Hipótese na qual o réu é primário e a pena-base corresponde ao mínimo legal, porquanto favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva inferior a 4 (quatro) de reclusão. A teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 343.034/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício para redimensionar a pena da paciente, que se torna definitiva no patamar de 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa, a serem iniciadas no regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0138429-0

HC 357.609 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00339616920148190087 339616920148190087

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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	: SUELEN APARECIDA SILVA DUARTE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.