



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.284 - RJ (2016/0105874-8)

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 : VENICIO DIAS DOS SANTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 444. IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA 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 jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do colendo STF consolidou-se 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. 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."
3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c 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. A pena-base deve ser reduzida para o mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, tornada definitiva dada a inexistência de circunstâncias a serem consideradas na segunda e terceira etapas da dosimetria da pena. O regime, nos termos do acima expostos, deve ser o aberto, a teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal.
5. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando reprimenda em regime mais severo, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

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 e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.
Brasília (DF), 19 de maio de 2016(data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.284 - RJ (2016/0105874-8)

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 : VENICIO DIAS DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **VENICIO DIAS DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, para cumprimento inicial no regime semiaberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 54-60).

Interposta apelação, o Colegiado de origem negou provimento ao recurso defensivo, nos termos da seguinte ementa:

"Apelante preso, primário, condenado por roubo (Artigo 157, *caput*, do Código Penal), a 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 12 dias-multa, no valor mínimo.

Inconformismo da DEFESA, objetivando (1) a aplicação da tentativa.

I). Inadmissibilidade. O acusado subtraiu uma bolsa com os pertences pessoais de uma mulher empreendendo fuga, caracterizada a posse do bem ainda que por curto espaço de tempo.

Aplicação da teoria da *apprehensio* ou *amotio*.

(2) a fixação da pena base no mínimo legal.

(II). Descabimento. Apesar da primariedade do réu, o magistrado aplicou corretamente a sanção acima do mínimo legal, considerando a prática de delitos anteriores (lesão corporal no âmbito da violência doméstica e posse de entorpecente), demonstrando uma péssima conduta social.

(3). o abrandamento do regime.

(C). Impossibilidade. O semiaberto para o início do cumprimento da sanção reclusiva mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito. Ademais, o apelante possui duas anotações em sua FAC, revelando uma personalidade voltada para o cometimento de ilícitos.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (e-STJ, fls. 81-82).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, ao fundamento de que a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de ações penais em curso, o que contraria a Súmula 444 deste STJ (e-STJ, fls. 1-6).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que seja redimensionada a pena e readequado o regime prisional.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 91).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 99-102).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.284 - RJ (2016/0105874-8)

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 : VENICIO DIAS DOS SANTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 444. IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA 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 jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do colendo STF consolidou-se 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. 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."

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c 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. A pena-base deve ser reduzida para o mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, tornada definitiva dada a inexistência de circunstâncias a serem consideradas na segunda e terceira etapas da dosimetria da pena. O regime, nos termos do acima expostos, deve ser o aberto, a teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal.

5. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando reprimenda em regime mais severo, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Está inscrito na sentença condenatória e no acórdão ora impugnado, respectivamente:

"Atenta ao processo trifásico de aplicação da pena, adotado por nosso Estatuto Penal, inicialmente passo à análise das circunstâncias judiciais previstas em seu art. 59. A culpabilidade está evidenciada, sendo-lhe desfavoráveis as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do CP.

Eleva-se a pena-base acima do mínimo legal diante das anotações constantes na FAC do acusado à fl. 48 (art. 129, § 9º, do CP) e fl. 51 (art. 16 da Lei 6.368/76), o que revela ter o agente uma conduta social inadequada e personalidade voltada para o crime.

Assim sendo, diante das desfavoráveis circunstâncias judiciais, fixo a pena base, acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento, de 12 (doze) dias-multa, fixadas no mínimo legal.

Passo então a análise das circunstâncias legais genéricas.

Inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Ausentes quaisquer causas de diminuição ou aumento de pena, fixando-a em 04 (Quatro) anos e 02 (Dois) meses de reclusão, e pagamento, de 12 (Doze) dias-multa, fixadas no mínimo legal, pena esta que tomo definitiva.

Fixo o valor do dia-multa no mínimo legal.

Imponho ao acusado o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda, devido ao quantitativo de pena aplicado na forma do art. 33 § 2º, alínea "b", do CP, e por fim, diante da periculosidade do agente decorrente da prática de roubo, "máxime em vista da crescente onda de crimes a mão armada e de crimes violentos que assola o país", conforme vêm sendo decidido por nossos mais elevados Pretórios, e consignado no julgamento pelo STF do HC 70557/SP, tendo como relator o Ministro Moreira Alves" (e-STJ, fls. 59-60).

"Incabível o pleito de fixação da pena-base no mínimo legal.

Registre-se que, inobstante a sua primariedade, a FAC do acusado, ostenta duas anotações. Apesar da primariedade do réu, o magistrado aplicou corretamente a sanção acima do mínimo legal, considerando a prática de delitos anteriores (lesão corporal no âmbito da violência doméstica e posse de entorpecente), demonstrando uma péssima conduta social.

O estabelecimento do semiaberto para o início do cumprimento da sanção reclusiva mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito. Ademais, o apelante possui duas anotações em sua FAC, revelando personalidade voltada para o cometimento de ilícitos" (e-STJ, fls. 87-88).

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena. Confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

In casu, no que se refere à primeira etapa da dosimetria, verifica-se que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magistrado processante sopesou desfavoravelmente a personalidade do réu e a sua conduta social, malgrado a inexistência de condenação transitada em julgado à época dos fatos apurados nos autos do processo-crime, tendo estabelecido a pena-base acima do mínimo previsto no preceito secundário do art. 157 do Código Penal.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do colendo STF consolidou-se 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.)

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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Nesse diapasão, a pena-base deve ser reduzida ao mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão de detenção, que torno definitiva dada a inexistência de circunstâncias a serem consideradas na segunda e na terceira etapas da dosimetria da pena. O regime, nos termos do acima expostos, deve ser o aberto, a teor do art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Contudo, **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de redimensionar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando reprimenda em regime mais severo, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0105874-8

HC 354.284 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02629122220158190001 05820110292015 2629122220158190001

EM MESA

JULGADO: 19/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

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 : VENICIO DIAS DOS SANTOS

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.