



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2037182 - CE (2022/0353655-8)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RECORRIDO : DOUGLAS LEITAO BARBOSA
ADVOGADO : KAYRYS MOTTA NASCIMENTO - CE027855

DECISÃO

O retrospecto foi bem delineado no parecer do Ministério Público Federal, do qual extraio o seguinte excerto (e-STJ fls. 370/371):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Ceará, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra o acórdão prolatado pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça cearense, que deu parcial provimento à apelação defensiva (autos n.º 0182759-91.2017.8.06.0001), para reduzir a pena-base ao mínimo legal, e alterar o regime prisional, readequando a reprimenda do ora recorrente para 04 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias- multa, pela prática do crime de roubo, capitulado no art. 157, caput, do Código Penal, tendo ainda, de ofício, substituído a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

O acórdão impugnado foi assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE ROUBO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NEGATIVA DO RÉU ISOLADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVAS TESTEMUNHAIS DEVIDAMENTE ALINHADAS COM O CONJUNTO PROBATÓRIO ACOSTADO AOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA REVISTA.

ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. VETOR NEGATIVADO. ANTECEDENTES CRIMINAIS.

SÚMULA 444 DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. VETOR DECOTADO. PENA REDIMENSIONADA EM SEU MÍNIMO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE.

- 1. Conjunto probatório sólido e cristalino, comprovando a materialidade e a autoria, aptas a configurara a infração prevista no art. 157 do Código Penal.*
- 2. Em crimes contra o patrimônio, de prática clandestina, a palavra da vítima, ademais quando coerente e harmônica com os demais elementos probatórios, serve como embasamento para o decreto condenatório, prevalecendo sobre a negativa do agente.*
- 3. Os depoimentos prestados pelos policiais que participaram do flagrante merecem todo o crédito, se são coerentes, firmes, seguros e se contra eles não há qualquer indício de má-fé.*

4. Sendo possível extrair do conjunto probatório elementos suficientes para demonstrar a conduta delitiva do apelante, no que concerne à subtração de coisa alheia móvel, não se admite falar em absolvição. As provas contidas nos autos deixam evidente a ligação do réu com o roubo ora analisado.

5. Ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o sentenciante originário fixou a pena-base acima do mínimo legal, ante a negatização do vetor judicial antecedentes. Decotado o vetor ora analisado, em razão de fundamentação inidônea. Pena-base redimensionada.

6. A existência de outra ação penal em curso contra o agente não justifica o agravamento de sua pena-base, pois, nos termos da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Vetor judicial antecedentes do crime decotado. Pena-base redimensionada.

7. Após o redimensionamento da pena, tornou-se por bem alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto, nos moldes do art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

8. Viável a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do art. 44, §2º, segunda parte, do Código Penal.

9. Apelação conhecida e provida em parte" (e-fls. 313-314).

O recorrente sustenta violação ao artigo 44, I, do Código Penal, arguindo, em síntese, o descabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que, embora a pena cominada não tenha sido superior a 4 anos, o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa. Pede, ao final, o provimento do recurso, para que seja afastada a substituição da penalidade corporal (e-fls. 335-344).

Com contrarrazões apresentadas pela parte recorrida (e-fls. 350-355) e após juízo positivo de admissibilidade (e-fls. 357-359), os autos foram encaminhados a esse egrégio Superior Tribunal de Justiça, vindo, na sequência, a esta Procuradoria-Geral da República para parecer.

É o relatório do essencial.

O Parquet Federal manifestou-se pela extinção do writ sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem. (e-STJ fls. 371/373).

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão, nesta instância extraordinária, apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos.

A condenação se deu porque, segundo narra a sentença, (e-STJ fl. 228):

O inquérito policial, embasante desta, foi iniciado mediante auto de prisão em flagrante delito do denunciado, em virtude da prática do crime de roubo duplamente majorado contra a vítima MARIA LUCILENE SILVA RIOS, fato ocorrido no dia 03 de Novembro de 2017, por volta das 05h40min, na Rua Conde Sandoval, bairro Conjunto Palmeiras, Fortaleza/CE.

Segundo o que restou apurado no inquisitório, a vítima estava caminhando, quando foi abordada por dois indivíduos, os quais estavam em duas

bicicletas e anunciaram o assalto, mediante grave ameaça perpetrada pelo uso de uma arma de fogo, e subtraíram o seu aparelho celular. Após a subtração, empreenderam fuga do local.

Consta que policiais militares estavam realizando patrulhamento de rotina, quando foram acionados por populares acerca de dois indivíduos em duas bicicletas que estavam praticando crimes de roubo, momento em que iniciaram diligências em busca dos infratores.

Em dado momento, os policiais militares abordaram o denunciado e encontraram em poder dele uma carteira e um aparelho celular. Os agentes da lei constataram que o aparelho celular encontrado era produto de roubo, pois atenderam uma ligação telefônica da vítima efetuada para o mesmo.

Em primeiro grau, o recorrido Douglas Leitão Barbosa foi condenado, como incurso no art. 157 do Código Penal (roubo), à pena de 4 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade. O Tribunal local, quando do julgamento da apelação defensiva, reduziu a pena-base ao mínimo legal, de forma que a reprimenda final, pela ausência de agravantes, atenuantes e causas de aumento e diminuição da pena, ficou em 4 anos de reclusão. Ademais, abrandou o regime para o modo aberto e, de ofício, substituiu "*a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44, § 2.º, segunda parte, do Código Penal*" (e-STJ fl. 323).

O Ministério Público estadual, neste recurso, insurge-se contra a substituição da pena, ao argumento de que o acórdão, ao substituir a reprimenda corporal por duas sanções restritivas de direito, violou o inciso I do art. 44 do CP, que estabelece que, quando a pena privativa de liberdade não for superior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, pode haver a substituição. Afirma que "[o] acórdão contrariou o dispositivo da lei penal suso mencionado na medida em que ignorou a vedação legal de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito nos casos da prática de crime perpetrado com grave ameaça à pessoa, como foi a situação aqui tratada" (e-STJ fls. 338/339).

Tem razão o recorrente.

No caso, o crime pelo qual o réu foi condenado foi o delito de roubo, cujo tipo penal exige, para a mera consumação, que haja violência ou grave ameaça à pessoa. Na hipótese em concreto, ficou consignado que, juntamente com outro indivíduo, o recorrido, mediante ameaça pelo emprego de arma de fogo, roubou o celular da vítima e se evadiu de bicicleta, sendo encontrado pelos policiais na posse do aparelho roubado sem que conseguisse dar qualquer explicação plausível do porquê estava na posse da coisa recém subtraída.

Para a substituição da reprimenda, o Código Penal faz a exigência de que o

crime não tenha sido praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa, sendo que tais circunstâncias são elementares do tipo de roubo. Assim, a meu ver, a quem cometeu delito roubo, não há a possibilidade de ser concedido o benefício do art. 44 do CP, nem mesmo quando a ameaça é feita pelo simples tom de voz, que pode, de alguma maneira, mesmo que não haja violência, causar temor à vítima, diante da situação em concreto de estar lidando com um criminoso que a aterroriza para subtrair-lhe os bens.

A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LESÃO CORPORAL GRAVE. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA OSTENTADA (ART. 33, §2º, "B", CÓDIGO PENAL). **SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA A PESSOA (ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (ART. 77, CÓDIGO PENAL). SUPRESSÃO INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.***

[...]

III - O paciente cometeu o crime com violência e agrave ameaça a pessoa, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal. Assim, inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

[...]

V - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 710.264/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 5/5/2022, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO. NULIDADE. RAZÕES COMPLEMENTARES DE APELAÇÃO. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. SUFICIÊNCIA DA PROVA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. GRAVIDADE DO CRIME. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. O crime praticado mediante o emprego de violência ou de grave ameaça, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.241.836/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 9/6/2021, grifei.)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA RECONHECIDA. DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE DO RÉU. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. 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. **Hipótese na qual as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. O paciente é primário e sua pena definitiva não superou 4 (quatro) anos.**

3. 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". Ademais, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

4. Os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem baseado na gravidade abstrata do delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma, não constituem, segundo entendimento desta Corte, motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

5. **Embora tenha sido reconhecida a sua participação de menor importância no crime, o paciente aderiu à prática de crime cometido com grave ameaça à vítima, o que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do CP).**

6. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o início do desconto da pena, salvo se, por outro motivo, estiver cumprindo reprimenda em meio mais severo.

(HC n. 382.497/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/2/2017, DJe de 3/3/2017, grifei.)

Cito, ainda, o seguinte julgado, a ser interpretado a *contrario sensu*:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

III - Na hipótese, o regime semiaberto foi estabelecido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal. Ainda, a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, bem como o paciente é primário e a pena não excede o patamar de quatro anos.

*IV - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, **o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa**, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal.*

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

(HC n. 702.057/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 26/11/2021, grifei.)

Assim, entendo que os requisitos do art. 44 do CP não foram devidamente cumpridos pelo recorrido, pois, apesar da reprimenda ser igual a 4 anos e a pena-base ter ficado no mínimo legal, o crime foi cometido com grave ameaça (art. 44, inciso I, do CP), o que demonstra que a substituição não é suficiente para o caso concreto (art. 44, inciso II, do CP). Logo, não é possível a substituição por sanções restritivas de direitos.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para afastar a substituição da reprimenda, nos termos ora delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 24 de março de 2023.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator